



CATÓLICA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO

ESCOLA DE DIREITO

DISSERTAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

“OS NOVOS CASOS DE NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO”

Miguel Marques Ferreira Lages

**Trabalho realizado sob a orientação do
Sr. Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida**

Porto 2015

Agradecimentos

Aos meus pais,
à minha cara metade
e ao meu ilustríssimo orientador!

INTRODUÇÃO

O Código de Procedimento Administrativo, como é do conhecimento comum, é o diploma legislativo “*de base*” para a generalidade das atuações jurídico-públicas da Administração Pública.

No dia 7 de Janeiro de 2015 foi publicado no Diário da República o Decreto-Lei n.º 4/2015 que aprovou o “novo” Código de Procedimento Administrativo e que veio revogar o “antigo” Código de Procedimento Administrativo que tinha sido aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91 de 15 de Novembro.

A publicação do novo CPA corresponde à conclusão de um procedimento legislativo particularmente longo iniciado em julho de 2012 com a constituição de uma Comissão responsável pela revisão do CPA, do ETAF e do CPTA.

Após a apresentação de um primeiro anteprojeto de revisão em junho de 2013 e subsequente fase de consulta pública, o Governo daria à estampa, em junho de 2014, novo anteprojeto, desta feita assumindo que se tratava não de uma *revisão*, mas sim de um verdadeiro «novo Código», devido às inovações significativas que o mesmo veio introduzir no ordenamento jurídico nacional.

Salientam-se, de entre as várias soluções inovadoras adotadas, as relativas ao regime da invalidade do ato administrativo.

A alteração levada a cabo neste âmbito tem suscitado grande contestação no seio da doutrina nacional, mais concretamente no que concerne aos casos de nulidade do ato administrativo, pelo que, ao longo da presente dissertação, procuraremos fazer a análise crítica das inovações introduzidas nesta temática, sem deixar uma reflexão sobre se efetivamente se justifica a inclusão das preditas mudanças na nossa ordem jurídica.

Do Ato Administrativo

Nos termos do artigo 148º do Código de Procedimento Administrativo consideram-se atos administrativos “(...) as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

Partindo desta definição normativa e abstraindo-me dos demais conceitos apontados pela doutrina administrativista, poder-se-á qualificar o ato administrativo como um “(...) ato jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei, e que traduz uma decisão tendente a produzir efeitos jurídicos sobre uma situação individual e concreta (...)”¹, tendo em conta o atual quadro jurídico-normativo.

Associada à definição deste tipo de atos jurídico-públicos, surgem-nos conceitos como o da sua existência, validade e eficácia e que poderão contribuir para uma melhor compreensão acerca da opção legislativa agora levada a cabo.

Estes conceitos dizem respeito a requisitos que a lei impõe para que o ato administrativo se consolide em pleno no ordenamento jurídico nacional.

Um «*ato administrativo só existe, só é válido e só é eficaz se preencher esses requisitos. Se não os preencher, estaremos perante situações de inexistência, de invalidade ou de ineficácia do ato administrativo*»².

Da existência do Ato Administrativo

Para que se possa aferir pela efetiva existência de um ato administrativo, o mesmo deverá conter um conjunto de elementos estruturais que o caracterizam como tal e que se subsumem em grande medida à sua própria definição e às suas características ou “formalidades”.

¹ Cfr. Cfr. Diogo Freitas do Amaral, “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, Livraria Almedina – Coimbra, 2001, pág. 210.

² Cfr. Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo, Edições Almedina S.A., 2ª Edição, 2015, pág. 255.

“Para que uma determinada declaração possa ser qualificada como ato administrativo é necessário que preencha um conjunto de requisitos que correspondem às exigências que o ordenamento jurídico coloca para a existência de um ato administrativo”.³

Caso os preditos elementos não estejam presentes em determinada declaração de vontade pública, não estaremos perante um ato administrativo, mas um outro qualquer ato jurídico.⁴

Esta temática tem vindo a suscitar grandes dificuldades de interpretação no seio da nossa ordem normativa. No entanto, o legislador ordinário, no Código de Procedimento Administrativo veio clarificar o sentido a atribuir à existência do ato administrativo, enunciando, quer no artigo 151º quer no artigo 155º, n.º 2, deste diploma, um conjunto de componentes que o ato administrativo terá que conter para que se possa aferir da sua existência.

Assim, e tendo em consideração o teor daqueles preceitos normativos, poder-se-á afirmar que estaremos verdadeiramente perante um ato administrativo quando exista uma declaração de vontade emanada de determinado sujeito detentor de poderes jurídico-públicos, no exercício da função administrativa, tendo em vista a produção de determinados efeitos jurídicos numa situação individual e concreta sobre determinado objeto (pessoa, coisa, ato anterior).⁵

De facto, será impensável estarmos perante um ato de demolição, se o pretenso ato não identifica concretamente qual o imóvel a demolir, pois o efeito jurídico a produzir é exatamente o de demolir determinado imóvel em específico.

Um dos casos mais usuais de inexistência de ato administrativo ocorre no âmbito do funcionamento de órgãos colegiais, designadamente quando haja a aprovação de determinadas deliberações em reuniões irregularmente constituídas, ou quando determinado sujeito, que não pertença ao aparelho administrativo nem esteja dotado de prerrogativas de poder público emita determinada declaração “aparentemente pública”.

³ Cfr. Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares”, Edições Almedina S.A., 2012, pág. 191.

⁴ Nessa senda veja-se Sérvulo Correia *in* “Noções de Direito Administrativo”, Vol. I, Edições Danubio, Lda., Lisboa, 1982, pág. 350

⁵ Nesse sentido veja-se Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime”..., obra citada, pág. 256.

Da validade do Ato administrativo

A validade “é a aptidão intrínseca do ato para produzir os efeitos jurídicos correspondentes ao tipo legal a que pertence, em consequência da sua conformidade com a ordem jurídica”.⁶

Para que determinado ato jurídico-público seja aceite no ordenamento jurídico e possa, como tal, afetar a esfera jurídica de determinado sujeito, a lei impõe que se verifiquem determinados pressupostos/ requisitos de legalidade, ou seja, que o ato administrativo seja emitido em consonância com o bloco de legalidade.⁷

Caso isso não suceda, em regra, ele é inválido, ou seja, mostra-se ferido de determinadas patologias que afetam a sua “vitalidade” perante o nosso ordenamento jurídico por desconformidade com as demais normas legais.

Estes requisitos (de validade) tanto podem ser de ordem subjetiva como objetiva.⁸

Assim, o ato administrativo terá que respeitar determinados “pressupostos” relativamente ao seu sujeito, ao seu procedimento, à sua forma, às suas formalidades, ao seu objeto e ao seu fim.

No que concerne aos requisitos de validade relativos ao sujeito, em primeiro lugar, é necessário que o ato se inscreva no âmbito das atribuições da pessoa coletiva pública de quem o pratica, ou seja, que o interesse público que se visa alcançar esteja a cargo do ente público a que pertence o autor do ato.⁹

Em segundo lugar, torna-se indispensável que o agente que pratica o ato tenha poderes para tal, ou seja, que tenha competência para a emissão daquela declaração de vontade.¹⁰

Em terceiro lugar, e para determinados atos, a lei exige ainda que o autor preencha determinados requisitos ou contenha determinadas capacidades para que possa agir daquela forma, ou seja, que esteja legitimado a praticar aquele ato (por exemplo, que o

⁶ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 342.

⁷ Nesse sentido *vide* José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 582 e ainda o douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 08/02/2013 *in* www.dgsi.pt

⁸ Nesse sentido veja-se Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, *in* “Direito Administrativo Geral, Tomo III, 2ª Ed., Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2009, pág. 143.

⁹ Nessa esteira veja-se José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 583.

¹⁰ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 344.

respetivo titular não se encontre numa situação de impedimento ou que o órgão colegial esteja regularmente constituído).¹¹

Para além disso, exige-se ainda que sejam respeitadas determinadas exigências no que concerne ao procedimento subjacente à emissão do ato administrativo.

O procedimento do ato administrativo diz respeito à sequência de atos jurídicos preparatórios que visam a produção de um resultado, designadamente a constituição do ato jurídico “principal”, ou seja, corresponde às diligências preparatórias que devem ser observadas para que esse ato se produza, sendo que, alguma doutrina considera que estes requisitos serão subsumíveis à forma do ato administrativo, entendida em sentido mais abrangente.¹²

É o que sucede nos casos em que se impõe que o agente emissor proceda à audiência dos interessados (prevista no 100º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos), de forma a garantir a participação destes na formação da vontade, em que se exige que o órgão que pratica o ato tenha em consideração o parecer de um outro órgão, ou em que a lei estipula que, para que determinado ato possa ser validamente praticado, seja antecedido de um procedimento pré-contratual.¹³

Para além disso, a lei exige ainda que o ato administrativo respeite determinados pressupostos relativos à forma ou seja, ao modo como o ato administrativo se vai exteriorizar ou manifestar, seja ela por gestos, palavras ou sinais.

No que tange a esta matéria, será de referir que a administração dispõe de uma ampla liberdade¹⁴, muito embora, em regra, os atos administrativos praticados por órgãos singulares devam revestir a forma escrita – cfr. artigo 150º do Código de Procedimento Administrativo – admitindo a lei que, em determinadas situações, atendendo “à natureza e circunstância do ato”, o mesmo possa ser praticado de forma oral (veja-se o exemplo das ordens de polícia e dos atos praticados em estado de necessidade)¹⁵.

¹¹ Nesse sentido *vide* José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 583

¹² Nesse sentido veja-se Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime” ..., obra citada, pág. 284; José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 584 e ainda Sérvulo Correia, obra citada, pág. 384

¹³ *Vide* nesse sentido, por exemplo, o douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11/05/2006 e o douto Acórdão também deste tribunal de 09/01/2003, ambos disponíveis em www.dgsi.pt

¹⁴ Nesse sentido veja-se Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares”, obra citada, pág. 210.

¹⁵ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 357.

De entre os atos que deverão ser praticados sob a forma escrita há que estabelecer a distinção entre os que se bastam com a forma simples e os que estão sujeitos a formas solenes.

As formas solenes dizem respeito a manifestações de vontade em que a lei impõe a adoção de um modelo “especial”, ou seja, em que a “(...) lei prescreve os requisitos a que o escrito há-de obedecer ou a fórmula que deverá reproduzir (...)”¹⁶. É o que sucede nas situações em que o ato administrativo deverá revestir a forma de portaria ou decreto.

A contrario, quando se faz referência à forma simples do ato administrativo quer-se dizer que o mesmo não terá que revestir aquele modelo “especial”.

Neste âmbito será ainda de referir que o artigo 152º do Código de Procedimento Administrativo impõe que a “generalidade” dos atos administrativos sejam fundamentados.

Trata-se do fenómeno da fundamentação do ato administrativo.

A fundamentação corresponde a uma declaração que deve constar do ato e na qual o agente emissor expõe os fundamentos de facto e de direito que o levaram a emitir aquela declaração de vontade.

“Fundamentar é enunciar explicitamente as razões ou motivos que conduziram o órgão administrativo à prática de determinado ato, ato este que deverá conter expressamente os fundamentos de facto e de direito em que assenta a decisão (...)”¹⁷.

Esta condição é afloramento do disposto no artigo 268º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa que consagra o dever de fundamentação do ato administrativo, em prol da defesa dos interesses dos particulares, visto que, desta forma, poderão ter um conhecimento concreto e preciso sobre quais os motivos ou os pressupostos de facto e de direito que levaram a administração a agir daquela forma, contribuindo assim para o reforço da transparência da atividade administrativa.

Ademais, no âmbito de poderes discricionários a fundamentação facilita o controlo de legalidade por parte dos órgãos incumbidos da fiscalização destas atuações discricionárias em que o legislador permite que determinado titular de um órgão público colocado, perante o caso concreto, escolha a sua forma de agir, dispondo de uma certa margem de livre decisão e de atuação.¹⁸

¹⁶ Cfr. Sérvulo Correia, obra citada, pág. 389.

¹⁷ Cfr. douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/05/2012 *in* www.dgsi.pt

¹⁸ Nesse sentido *vide* Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime”..., obra citada, pág. 291 e ainda Sérvulo Correia, obra citada, pág. 391.

Para além disso, esta figura, contribui ainda para uma “pacificação das relações entre a Administração e os particulares”, visto que, se os concretos motivos que levaram à projeção de efeitos jurídicos na esfera do particular são por este conhecidos, então, o mesmo terá tendência para compreender e acatar “melhor” essa decisão.¹⁹

O artigo 152º, n.º1 do Código de Procedimento Administrativo, importando a ideologia da norma constitucional supra citada, elenca um conjunto de situações em que o ato administrativo deverá ser fundamentado, estabelecendo o seu n.º 2 um regime excecional que permite a dispensa da fundamentação do ato.

Outra categoria de requisitos de validade dizem respeito ao objeto mediato do ato administrativo, devendo este conceito ser entendido num sentido restrito, ou seja, considerar-se apenas o objeto mediato do ato administrativo.²⁰

Este objeto do ato diz respeito ao sujeito passivo no qual se vão produzir os efeitos jurídicos pretendidos, podendo este corresponder a uma pessoa (pense-se no ato administrativo de atribuição de determinada pensão a um indivíduo concreto), a uma coisa (veja-se o imóvel alvo de declaração de expropriação por utilidade pública) ou a um ato anteriormente praticado.

Atendendo ao disposto no artigo 161º, n.º 2, alínea c) do Código de Procedimento Administrativo, o *quid* que sofre os efeitos de direito²¹ terá que ser possível (possibilidade física e jurídica, no sentido de que não será possível que determinada pessoa que já faleceu seja alvo de nomeação para determinado cargo público), determinado (exige-se que o objeto do ato administrativo seja determinado de forma objetiva e concreta, não sendo admissível, neste âmbito, um ato administrativo que vise “expropriar” “um dos terrenos do Sr. X”), inteligível e idóneo ou legitimado (não obstante se exigir que o objeto seja possível terá que se averiguar se, perante o caso concreto, o mesmo é “adequado” a suportar aqueles efeitos jurídicos. Pense-se nas situações em que se pretende aposentar determinado funcionário que, no entanto, não tem a antiguidade exigida para tal).

Conforme anteriormente se referiu, o ato administrativo visa a produção de determinados efeitos jurídicos externos num caso concreto.

¹⁹ Nesse sentido veja-se V. Rui Machete, “O Processo Administrativo Gracioso Perante a Constituição Portuguesa de 1976, in Estudos de Direito Público e Ciência Política”, Lisboa, 1991, pág. 380.

²⁰ Nesse sentido *vide* José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 583.

²¹ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 359.

Ora, a lei, no que tange a estes efeitos, impõe-lhes determinadas condições para que os mesmos sejam aceites inequivocamente na ordem jurídica.

Com efeito, e à semelhança do que sucede com os requisitos inerentes ao objeto mediato do ato administrativo, exige-se que também estes “efeitos” sejam possíveis, determinados, inteligíveis²⁰ e os poderes da administração são “poderes funcionais”.²²

Como refere Vieira de Andrade, “(...) os poderes de autoridade só existem na medida em que estejam previstos na lei em função de um interesse público a realizar (...)”.²³

A questão de se averiguar se efetivamente determinada atuação pública foi realizada tendo em vista o fim que se visava alcançar apenas se coloca no que diz respeito ao exercício de poderes discricionários. Na realidade, nas situações em que o órgão exerce poderes vinculados, o “fim” não assumirá relevo prático quanto a esta matéria (de invalidade), pois o legislador estabelece a adoção de determinado comportamento tendo em vista o fim que se pretende alcançar, pelo que não restará outra alternativa ao agente que não a de atuar em conformidade com o que lhe foi imposto naquela norma e, “automaticamente”, prosseguir o fim legalmente estabelecido.²⁴

Já no que diz respeito às atuações em que o agente dispõe de uma “certa liberdade” de decisão e de atuação, visto que o legislador, inversamente ao que sucede no exercício de poderes vinculados, estabelece apenas a finalidade que se visa prosseguir (sendo esta a expressão, neste âmbito, do princípio da legalidade), remetendo para o agente administrativo o “preenchimento” dos pressupostos de que depende a sua atuação, será necessário averiguar se efetivamente naquela situação concreta, o agente atuou em consonância com aquilo que lhe era exigível.

Uma vez que nem sempre é fácil averiguar com certeza se o fim de determinado ato discricionário (fim real) corresponde ao fim legalmente estabelecido (fim legal), os tribunais têm recorrido a um critério pragmático, designadamente, ao critério de apurar qual o “motivo principalmente determinante”²⁵ que levou a administração a agir daquela

²² Cfr. Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime” ..., obra citada, pág. 294.

²³ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 585.

²⁴ Nesse sentido *vide* Sérvulo Correia, obra citada, pág. 444 e ainda Fernanda Paula de Oliveira e Eduardo Figueiredo Dias, in “Noções Fundamentais de Direito Administrativo”, 2015, Edições Almedina S.A., 4ª Edição, pág. 250.

²⁵ Nessa senda veja-se Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, in “Direito Administrativo Geral, Tomo III...”, obra citada, pág. 151 e 152 e ainda Freitas do Amaral, obra citada, pág. 362

forma (quicá, importando o desde “há muito” defendido por Sérvulo Correia²⁶), ou seja, de averiguar qual foi o motivo decisivo para a emissão daquele ato.

Visto que os motivos consistem nas causas justificativas que levaram em concreto a administração a atuar daquela forma, através da tomada de conhecimento destes, e, tendo em conta o acima referido qual o “principal motivo”, será mais fácil apurar se a administração naquela situação prosseguiu outro fim que não o legalmente pretendido.

Da eficácia do Ato administrativo

A eficácia do ato administrativo diz respeito à efetiva produção de efeitos de direito na esfera jurídica do círculo de destinatários a que se dirige.

Nas palavras de Mário Aroso de Almeida, «(...) a eficácia do ato administrativo é a sua capacidade para introduzir na ordem jurídica os efeitos a que se dirige (...)»²⁷.

A nossa ordem normativa para além de exigir que o ato administrativo reúna os demais elementos de que depende a sua existência e que cumpra os demais requisitos de que depende a sua validade (fases preparatória e constitutiva do ato administrativo) impõe ainda que se verifiquem determinadas exigências para que o ato produza os efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, para que se imponha efetivamente a medida nele determinada. É o que se denomina de “requisitos de eficácia” do ato administrativo.

Importa desde logo salientar, quanto a este aspeto, que a validade do ato administrativo não se confunde com a sua eficácia.

Enquanto que a validade do ato administrativo se situa num plano constitutivo do mesmo (requisitos de que dependem a sua “válida constituição”), a eficácia diz respeito ao plano integrativo deste tipo de atos, visto que, como se salientou, corresponde à “(...) projeção na realidade da vida dos efeitos jurídicos que integram o conteúdo de um ato administrativo (...)”²⁸.

²⁶ De facto, Sérvulo Correia, na página 439 da obra anteriormente citada, parece defender esta posição: “(...) o que nos parece essencial é a relação de adequação entre os motivos determinantes do ato e o fim deste (...)”.

²⁷ Cfr. Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime” ..., obra citada, pág. 278.

²⁸ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 342.

Com efeito, no nosso ordenamento jurídico poderemos encontrar atos que são válidos e eficazes, outros que são válidos, mas ineficazes (*vide* a título exemplificativo o ato de nomeação de determinado agente em que, apesar de reunir os demais requisitos legais, só produzirá os seus efeitos aquando da aceitação por parte do seu destinatário), outros atos administrativos que são inválidos mas eficazes (pense-se na situação em que o agente, apesar de ter aceite aquele ato de nomeação, se vem a verificar que a competência para praticar aquele pertencia a outro órgão da mesma pessoa coletiva).

Nestas últimas situações, o efeito invalidante reconduzir-se-á à mera anulabilidade do ato administrativo e, como tal, produzirá efeitos jurídicos (ainda que de forma temporária. Há ainda outros atos que serão inválidos e ineficazes (retomando o exemplo prático acima referido, apesar de o destinatário do ato ter aceite a sua nomeação, constata-se que quem tinha competência para a prática do mesmo seria um outro órgão pertencente a uma outra pessoa coletiva). Nestes casos a invalidada gerada está ferida de nulidade e, como tal, o ato nunca produzirá os seus efeitos jurídicos.

Voltando à análise apenas da “existência” do ato administrativo referir-se-á, em primeiro lugar que, regra geral, o “(...) ato administrativo produz os seus efeitos desde a data em que é praticado (...)” – cfr. artigo 155º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo – sendo que se considera que o ato foi praticado “(...) quando seja emitida uma decisão que identifique o autor e indique o seu destinatário, se for o caso, e o objeto a que se refere o seu conteúdo (...)” – cfr. n.º 2 do artigo anteriormente citado.

Não obstante a regra anteriormente referida, e que traduz o designado “princípio da imediatividade dos efeitos jurídicos”²⁹, a produção dos efeitos jurídicos deste tipo de atos jurídico públicos tanto poderá ocorrer a partir de um momento anterior ao da sua prática – cfr. artigo 156º do Código de Procedimento Administrativo – é o que se denomina de eficácia retroativa do ato administrativo, como poderá ocorrer em momento posterior ao da sua “perfeição”³⁰, ou seja, após a sua efetiva constituição – cfr. artigo 157º do Código de Procedimento Administrativo - trata-se da eficácia diferida ou condicionada do ato administrativo.

No que tange à eficácia retroativa do ato administrativo, e considerando o teor do artigo 156º do Código de Procedimento Administrativo poder-se-á afirmar que a mesma

²⁹ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 363.

³⁰ Cfr. Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares” ..., obra citada, pág. 199.

apenas terá lugar, a título excecional (visto que, regra geral, os atos administrativos têm eficácia *ex nunc*, ou seja, os seus efeitos apenas valem para o futuro³¹, em obediência, ainda que indiretamente, ao princípio geral da não retroatividade dos atos administrativos).

Nestes casos, os efeitos jurídicos do ato administrativo irão impor-se a situações passadas e já existentes, originando uma verdadeira inovação sobre o passado. Assim, poderemos encontrar casos de eficácia retroativa por efeito da lei, designadamente quando se tratem de atos que se limitam a interpretar atos anteriores ou quando se tratem de atos a que a lei atribua esse efeito (cfr. artigo 156º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código de Procedimento Administrativo) e casos de eficácia retroativa por vontade do agente emissor do ato, nomeadamente, quando a retroatividade seja favorável para os interessados, sempre que estejam em causa decisões revogatórias de atos administrativos, visando dar cumprimento a deveres, encargos, ónus ou sujeições constituídos no passado e quando a lei o permita ou imponha (cfr. artigo 156º, n.º 2, alíneas a), b), c) e d) do Código de Procedimento Administrativo).

No que diz respeito às situações em que a eficácia do ato administrativo não é imediata, o ato só irá projetar os seus efeitos a partir da verificação de um qualquer fator integrador da sua eficácia e, só quando essa circunstância se verificar, é que o ato administrativo despoletará os seus efeitos jurídicos.

Nestas situações, os efeitos do ato administrativo ficam “suspensos”, e, quando se verificar o predito evento, os seus efeitos desencadear-se-ão desde o momento em que o ato administrativo foi praticado. Trata-se do denominado fenómeno da “retrotração”³² de efeitos, em que não se poderá falar de uma verdadeira retroatividade, ou de uma retroatividade *tout court*, na medida em que os efeitos do ato administrativo já existem no momento em que o mesmo se torna “perfeito”, apenas se encontrando pendentes até que se verifique a condição de que depende a sua efetiva produção e, quando isso ocorrer, ir-se-ão se projetar *ab initium*.

Este diferimento temporal dos efeitos jurídicos do ato tanto pode resultar de determinadas exigências que a lei impõe, como poderá advir da vontade do autor do

³¹ Nesse sentido veja-se Carlos José Batalhão, in “Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência”, Porto Editora, 2015, pág. 37.

³² Nesse sentido veja-se Fernanda Paula de Oliveira e Eduardo Figueiredo Dias, obra citada, pág. 229 e ainda Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares”..., obra citada, pág. 200.

ato administrativo, designadamente através da aposição no conteúdo do ato de cláusulas acessórias (a cláusula de condição suspensiva e a cláusula de termo inicial).³³

De facto, nos termos do artigo 157º do Código de Procedimento Administrativo, o ato jurídico público tem eficácia diferida quando estiver sujeito a aprovação ou a referendo, quando os seus efeitos ficarem dependentes de condição ou termo suspensivos ou quando os seus efeitos, pela natureza do ato ou por disposição legal, dependam de trâmite procedimental ou da verificação de qualquer requisito que não respeite à validade do próprio ato.

No que tange às primeiras situações referidas crê-se que não será complexa a tarefa de descodificar aquilo que o legislador pretendeu ao consagrar tais hipóteses.

Já quanto à terceira situação, para melhor compreendermos o alcance de tal previsão, referir-se-á que serão aqui enquadráveis os casos em que o ato praticado pelo órgão colegial terá que ser aprovado nas respetivas atas e nestas consignado (cfr. artigo 34º, n.º 6 e 150º, n.º 2 do Código de Procedimento Administrativo), os casos em que a lei obrigue que o ato seja publicado (cfr. artigo 158º do Código de Procedimento Administrativo), as situações constitutivas de deveres ou encargos em que se impõe que o ato seja notificado aos seus destinatários (cfr. artigo 160º do Código de Procedimento Administrativo), os atos que dependam da aceitação do seu destinatário (como por exemplo, o ato de nomeação³⁴) e ainda os casos em que a lei obriga que se verifique determinado formalismo, como por exemplo, a “concessão” do visto pelo Tribunal de Contas³⁵.

Do carácter “excecional” da Nulidade

Como anteriormente se referiu, a invalidade do ato administrativo diz respeito ao seu desvalor negativo, em função de determinadas anomalias ou má formação que

³³ Nessa esteira *vide* Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime” ..., obra citada, pág. 279.

³⁴ Nessa senda *vide* José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 583. Em sentido diferente, considerando que a falta de aceitação corresponde à imperfeição do ato e não à sua ineficácia, e citando J.A. Garcia-trevijano Fos, in “*Los Actos Administrativos*”, veja-se José Manuel Santos Botelho, Américo Pires Esteves e José Cândido de Pinho em “Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado”, Livraria Almedina – Coimbra, 2000, pág. 680.

³⁵ Nesse sentido veja-se, entre outros, os doutos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31/10/2006 e de 20/10/2002 e ainda o douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 08/10/2010, todos disponíveis em www.dgsi.pt

aquela declaração de vontade jurídico-pública comporta, por ser desconforme ao bloco de legalidade.

Estas anomalias, apesar de se encontrarem abarcadas, em regra, pelo fenómeno invalidante do ato administrativo, nem sempre geram a invalidade do ato administrativo, por um lado, e por outro lado, mesmo originando a invalidade deste tipo de ato, nem sempre se lhes imporá as mesmas consequências jurídicas, o que nos permite compreender de certa forma as inovações introduzidas quanto à nulidade do ato.

No que tange ao primeiro ponto, em determinadas situações, a falta de observância dos demais requisitos impostos por lei à prática do ato administrativo, originará apenas uma mera irregularidade não invalidante do ato administrativo, o que se compreende devido às múltiplas áreas de atuação da administração pública, em que esta se vê confrontada com diversas normas de carácter complexo e de naturezas distintas.

Veja-se a título exemplificativo a omissão de determinadas formalidades aparentemente reputadas de essenciais, como a ausência de fundamentação ou de audiência dos interessados que, em certos casos, não originarão a invalidade do ato administrativo, por se considerar que não revestem uma importância de tal ordem que faça inquinar a validade do ato administrativo.³⁶ É o que se denomina de “degradação das formalidades essenciais em não essenciais”.³⁷

Quanto ao segundo ponto, será de referir que efetivamente, mesmo que se trate de um fenómeno invalidante do ato administrativo, as consequências que o mesmo poderá acarretar para aquela declaração de vontade são distintas entre si, podendo estas ser de índole mais radical ou mais moderado.

Com efeito, o nosso legislador consagrou dois regimes de invalidade do ato administrativo, o da nulidade e o da anulabilidade.

A anulabilidade é o regime regra e abará aqueles casos em que os vícios que o ato comporta serão considerados como “menos graves”, revestindo esta figura um desvalor menos gravoso do ato jurídico-público.

³⁶ Vide nesse sentido, relativamente à omissão das formalidades citadas, o decidido no duto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 25/05/2012, no que diz respeito à falta de fundamentação do ato administrativo e o referido no duto Acórdão de 22/02/2013, também deste Tribunal, no que concerne à falta da audiência dos interessados.

³⁷ Cfr. Freitas do Amaral, obra citada, pág. 346. Vide ainda sobre esta temática, Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime”...., obra citada, pág. 284 a 289, Sérvulo Correia, obra citada, pág. 354 e ss e págs. 384 a 386 e ainda Fernanda Paula de Oliveira e Eduardo Figueiredo Dias, obra citada, pág. 237.

Tal opção por parte do legislador teve por base a “(...) necessidade de dotar as situações que são definidas por ato administrativo de um mínimo de estabilidade que proteja a confiança do amplo círculo de interessados que nelas podem estar envolvidos (...)”³⁸.

De facto, num Estado de Direito Democrático como o nosso é imperioso que se assegure, *prima facie*, o respeito pelos direitos e interesses dos particulares.

Já a nulidade aparece-nos como a *ultima ratio* de invalidade, abrangendo os casos em que os vícios de que o ato padece são reputados como graves e essenciais, reportando-se assim “(...) a um desvalor da atividade administrativa com o qual o princípio da legalidade não pode conviver (...)”³⁹.

Nesta senda, o carácter excepcional da nulidade permite-nos compreender com maior rigor o porquê das inovações introduzidas quanto à temática da nulidade do ato administrativo, visto que esta figura deverá ser utilizada de forma responsável.

Das Inovações introduzidas quanto aos casos de nulidade do ato

Da Supressão da “cláusula geral” de nulidade

O atual Código de Procedimento Administrativo estabelece no seu artigo 161, n.º 1 que “são nulos os atos administrativos para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade”.

Assim, e inversamente ao estabelecido no Código de Procedimento Administrativo de 1991, verifica-se que atualmente só serão considerados nulos os atos para os quais a lei comine expressamente tal sanção, ou seja, só ocorrerá a nulidade do ato quando a lei «*expressis verbis*» assim a determine.

O Código de Procedimento Administrativo de 1991, estabelecia que “*são nulos os atos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade*” – cfr. artigo 133º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo de 1991.

³⁸ Cfr. Mário Aroso de Almeida in “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime”..., obra citada, pág. 263.

³⁹ Cfr. douto Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/04/2004 in www.dgsi.pt

No anterior regime sobre os “casos de nulidade” admitia-se, para além das causas de nulidade taxativamente previstas, a existência de outras que, apesar de não se encontrarem previstas na lei, devido à gravidade que comportavam, seria insuficiente e inadequado atribuir-lhes o regime da anulabilidade do ato administrativo. Tratam-se das conhecidas “nulidades por natureza”⁴⁰.

O legislador, ao ter estabelecido uma “cláusula geral de nulidade” por via do recurso a um conceito tipológico e abstrato (“falta de elementos essenciais”) parece ter incumbido a Doutrina e Jurisprudência Administrativistas de estabelecerem o significado e o alcance da predita expressão.

O que, numa primeira impressão poderia apresentar-se como uma inovação satisfatória, que iria ao encontro da realidade atual das demais práticas administrativo-públicas, caracterizadas por intervenções sucessivas em múltiplos planos da sociedade, revelou-se uma solução pouco feliz, pois estabelecer qual o sentido a atribuir àquela noção de “falta de elementos essenciais” veio-se a revelar uma tarefa árdua e complexa, tendo suscitado grandes dúvidas e divergência no seio doutrinal.

Com efeito, alguns autores consideram que a expressão supra aludida deveria reconduzir-se aos elementos da estrutura do ato administrativo ou seja, tratar-se-á de um critério puramente estrutural em que a falta de autor, destinatário, objeto, conteúdo, forma, formalidades, fim e motivos seriam enquadráveis neste conceito de elementos essenciais.⁴¹

Neste sentido veja-se defendido por Freitas do Amaral, ao considerar que “(...) atos a que falta qualquer dos elementos essenciais são, nomeadamente, os que não têm autor, objeto, conteúdo, forma ou fim público (...)”⁴², desconsiderando, para este efeito, a falta das “menções obrigatórias” do ato referidas no atual artigo 151º do Código de Procedimento Administrativo.

Apesar de parecer que este autor, a dado momento, pugnou por uma interpretação restritiva desta cláusula, referindo que a nulidade se aplica a um reduzido número de

⁴⁰ Nesse sentido *vide* Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 410.

⁴¹ Nesse sentido *vide* Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, *in* “Direito Administrativo Geral, Tomo III...”, obra citada, pág. 160 e 161 e Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 411. Também aparentemente neste sentido veja-se André Salgado de Matos, “A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo” *in* Cadernos de Justiça Administrativa n.º 100, pág. 49 e 50.

⁴² Cfr. Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 411.

ilegalidades graves e evidentes⁴³, a ideia, porventura subjacente a este seu pensamento é a de que a falta de um daqueles elementos estruturais assume uma gravidade tal que determina a nulidade do ato.

Também nesta esteira *vide* M. Rebelo de Sousa e A. Salgado de Matos, afirmando estes administrativistas que “(...) para um ato administrativo ser nulo por aplicação do critério em causa tem que lhe faltar o autor, os destinatários, o objeto, o conteúdo, a forma, (todas) as formalidades, o fim ou os motivos; não basta que haja um vício que afete qualquer desses elementos (...)”⁴⁴

No entanto, este critério levantaria sérias dúvidas quanto à tomada de conhecimento sobre o que efetivamente seria um ato nulo e o que seria um ato inexistente, criando-se, ainda que de forma aparente, a convicção de que as situações de inexistência de um ato administrativo seriam reconduzíveis à nulidade do ato administrativo, pelo que, o regime da inexistência do ato não passaria de um “mero figurante” no palco do ordenamento jurídico nacional, sem sentido prático útil, o que será desde logo de refutar.⁴⁵

André Salgado de Matos afasta tais preocupações, afirmando que o recurso ao critério por si defendido não gera a “confusão” entre aqueles dois conceitos.

Para este autor, quando se faz referência a elementos cuja presença constitui requisito de existência, pretende-se fazer alusão aos elementos constantes do próprio conceito do ato administrativo como o carácter jurídico, a unilateralidade, a proveniência de um órgão administrativo, entre outros, e que, por sua vez, quando se alude aos elementos cuja presença constitui requisitos de validade quer-se fazer referência aos elementos da estrutura do próprio ato administrativo, como o autor, o objeto, o conteúdo, a forma, entre outros.⁴⁶

Aqui chegados, e abstraindo-nos de optar por uma ou por outra consideração (se o que aquele autor quer dizer é que se tratam de elementos estruturais ou de elementos do “conceito” do ato para este fim), mesmo que se enverede pela consideração constante

⁴³ Veja-se nessa ótica Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 409.

⁴⁴ Cfr. Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, *in* “Direito Administrativo Geral, Tomo III...”, obra citada, pág. 161 e André Salgado de Matos, “Algumas observações críticas acerca dos atuais quadros legais e doutrinários da invalidade do ato administrativo” *in* Cadernos de Justiça Administrativa n.º 82, pág. 63.

⁴⁵ O artigo 58º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos refere-se a atos nulos e inexistentes. Assim, crê-se que efetivamente o ordenamento jurídico nacional atribui autonomia à figura da inexistência em relação à nulidade, o que, tem vindo a ser defendido de forma relativamente unânime pela nossa doutrina.

⁴⁶ Nesse sentido veja-se se André Salgado de Matos, “A invalidade do ato administrativo” ..., artigo citado, pág. 49 e 50.

da “aclaração” acima mencionada, a incerteza que quanto a este aspeto reside não desvanecerá.

Na generalidade destas “situações fronteira”, o ato, e tendo em conta o defendido por este autor, será simultaneamente inexistente e inválido. Pense-se no caso “radicalista” em que determinado ato é emitido sem se identificar o seu autor ou em que o agente do ato não é um órgão do aparelho administrativo. Então o ato será simultaneamente inválido pois não contém um dos seus elementos estruturais (o autor), e inexistente, por não conter a identificação de quem foi o agente emissor daquela vontade ou por não ser um agente do aparelho administrativo, e, obviamente, não se poderá afirmar que o mesmo “provém de um órgão da administração pública”.

Já a destrinça efetuada quanto a esta questão por Freitas do Amaral poder-se-á qualificar como mais “acertada”, pois refere este autor que a “(...) “falta de elementos essenciais “(...) deve ser entendida algo restritivamente – ou seja, como reportando a figura da nulidade apenas aos casos em que a falta de um elemento essencial não impede que se reconheça o tipo legal a que o ato se reconduz (...)”⁴⁷.

No entanto, quer se atenda aos argumentos avançados por Salgado de Matos, quer aos argumentos invocados por Freitas do Amaral, é inequívoco que este critério origina sem sombra de dúvidas adversidades quanto à distinção entre a figura da nulidade e da inexistência.

Para outros autores como Vieira de Andrade, o conceito de “elementos essenciais” deverá ser reconduzido àqueles elementos estruturais e ainda a outros elementos que, devido à importância que assumiriam perante determinada situação, deviam ser analogamente comparáveis aos preditos elementos da estrutura do ato.

Nas palavras deste autor “(...) não pode valer como ato administrativo uma decisão sem autor, sem destinatário (...) ou com vícios graves equiparáveis a tais carências absolutas, em função do tipo de ato administrativo (...)”⁴⁸.

Nesta ótica, serão aqui enquadráveis, como faltas graves e cuja sanção deverá ser a nulidade do ato administrativo, a falta total de idoneidade do destinatário, a “falsidade” de determinado facto no que diz respeito a atos certificativos ou a falta de oportunidade de defesa em determinado processo sancionatório.

⁴⁷ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 415.

⁴⁸ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, “A Validade (do ato administrativo)”..., obra citada, pág. 587.

No entanto, também a utilização deste critério suscitará dúvidas de interpretação quanto ao sentido a atribuir àquele conceito.

Por um lado, e visto que se reporta em parte aos supra mencionados elementos estruturais, teremos uma vez mais a *vexata quaestio* de que então gerar-se-á a convicção de que a inexistência será abarcada pelo fenómeno da nulidade. E, por outro lado, ao aludir a um conceito impreciso de “gravidade”, colocar-se-á a difícil tarefa de identificar, perante o caso concreto, se determinado vício será de tal forma grave que originará a nulidade do ato.

Para outra parte da doutrina, o conceito de “falta de elementos essenciais” deveria ser interpretado segundo um critério substancial/material em que se teria que averiguar se a falta daqueles elementos, naquele ato concreto, comportaria uma essencialidade tal que seria inadmissível para o ordenamento jurídico impor-lhe apenas o regime da anulabilidade.⁴⁹

Ainda em sentido próximo veja-se o que advoga Mário Aroso de Almeida, considerando que “(...) o critério a utilizar devia, na verdade, ser o da essencialidade, ou seja, da importância do requisito legal em causa e, portanto, da gravidade – e apenas esta – da sua falta (...)”.⁵⁰

Assim, para estes autores nem todos os elementos estruturais do ato administrativo deveriam ser reputados de essenciais e, como tal, a falta de algum deles nem sempre deveria originar a nulidade do ato.

Tendo em consideração esta posição doutrinal, teríamos que, perante a situação concreta, verificar se aqueles elementos se relacionam a “(...) momentos ou aspetos legalmente decisivos e graves dos atos administrativos (...)”⁵¹ para, este exercício mental, tentar perceber se aquele vício assumiria uma essencialidade tal que fizesse inquinar o ato administrativo.

Apesar de reconhecer que este critério, por comparação com os demais acima elencados, será o mais “equilibrado” na concretização da definição daquela expressão (“elementos essenciais”), nem sempre se revelará objetivo e rigoroso.

⁴⁹ Nesse sentido vide Mário Esteves de Oliveira/ Pedro Costa Gonçalves/ João Pacheco de Amorim *in* Código do Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra Editora, 2ª Edição, 1998, pág. 641 e seguintes.

⁵⁰ Cfr. Mário Aroso de Almeida *in* “Teoria Geral do Direito Administrativo o Novo Regime” ..., obra citada, págs. 264 e 265; veja-se ainda nesse sentido a obra também deste autor “Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares” ..., obra citada, pág. 196.

⁵¹ Cfr. Mário Esteves de Oliveira/ Pedro Costa Gonçalves/ João Pacheco de Amorim, obra citada, pág. 642

De facto, será tarefa árdua concretizar meticulosamente aquilo que deverá ser tido como um vício essencial ou especialmente grave, pois teríamos que recorrer, uma vez mais, a um conceito indeterminado.

Até a própria jurisprudência nacional parece ter alguma dificuldade em concretizar, de forma precisa, qual o sentido a dar àquela cláusula “aberta” de nulidade, revelando-se deveras parcimoniosa com a utilização e aplicação daquele normativo.⁵²

Prescrutadas algumas decisões dos nossos tribunais superiores constata-se, regra geral, que estes vinham a considerar que o conceito de elementos essenciais deveria ser reconduzido aos elementos constitutivos (do conceito) do ato administrativo.

Veja-se, a título exemplificativo o sentenciado no douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 23/03/2000 disponível em www.dgsi.pt: “(...) porelementos essenciais do ato administrativo para efeitos do artigo 133º, n.º 1 do CPA, deve entender-se os aspetos que integram o conceito de ato administrativo contido no art.º 120.º do mesmo código (...)”⁵³.

No entanto, não se bastam pela mera omissão destes elementos, exigindo, para além disso, e essencialmente, que perante o caso concreto, aquela falta revista uma gravidade e evidência tal que torne insustentável a não aplicação do regime da nulidade, considerando que “(...) a violação dos elementos essenciais do ato administrativo tem a ver com a densificação desses elementos, que decorre dos tipos de atos em causa ou da gravidade dos vícios que os afeta (...)”⁵⁴. *Vide* ainda, nesta esteira, o advogado no douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17/10/2012 *in* www.dgsi.pt: “(...) qualquer que seja a tese adotada, a doutrina converge no sentido de que a nulidade só deve ser assacada àqueles vícios especialmente graves e, em princípio, evidentes, em resultado de uma avaliação em concreto em função das características essenciais de cada tipo de ato (...).

Para além das dúvidas que se podem suscitar quanto à interpretação a dar àquele critério de gravidade ou evidência, também nos parece que a nossa jurisprudência dos tribunais administrativos superiores imputam, de certa forma, os casos de inexistência

⁵² Nesse desiderato veja-se o referido no douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/03/2004 *in* www.dgsi.pt : “(...) importa agir com **contenção e cuidado na definição do que se deve entender por ato nulo por natureza (...)**”.

⁵³ Nesse sentido vejam-se ainda, entre outros, os doutos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 04/10/2007, de 03/03/2004 e 17/10/2012, todos disponíveis em www.dgsi.pt

⁵⁴ Cfr. douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/03/2004 *in* www.dgsi.pt; Nesse desiderato *vide* ainda os doutos Acórdãos também deste Tribunal de 05/06/2001, de 16/09/2001, de 21/03/2002, de 14/05/2002 e de 17/06/2003, todos disponíveis em www.dgsi.pt

do ato administrativo à nulidade deste, criando-se a ideia de que estes conceitos não são autónomos entre si, o que, a nosso ver, é absolutamente desconforme à vontade legislativa - *vide* nessa ótica a alusão que se faz no douto Acórdão também daquele Tribunal, de 04/10/2007, *in* www.dgsi.pt em que se decidiu que “(...) falta qualquer dos seus elementos constitutivos, pelo que **só na aparência são atos administrativos** (...)” (negrito e sublinhado nosso) e ainda o referido no douto Acórdão, também destas instâncias superiores, de 03/03/2004 *in* www.dgsi.pt em que se estabelece que “(...) por carecerem dos seus elementos constitutivos, **só formalmente têm essa aparência** (...)” (negrito e sublinhado nosso).

Como se pôde constatar da análise crítica acima referida, e independentemente do critério a utilizar no sentido a atribuir ao conceito de “elementos essenciais”, vê-se de forma insofismável que todas as posições defendidas geram ambiguidades e imprecisões que serão insustentáveis num estado de direito democrático como o nosso, para além da dúvida que se cria relativamente à autonomização da inexistência face à nulidade.

Na realidade, se nem os maiores estudiosos do direito administrativo nacional (doutrina e jurisprudência) conseguem chegar a um consenso quanto ao sentido rigoroso e objetivo a atribuir àquele conceito e quanto à delimitação precisa da fronteira entre a nulidade e a inexistência, obviamente que o cidadão comum e até mesmo o “jurista médio”, perante a situação concreta, deparar-se-á com inúmeras dificuldades em determinar se aquele ato será nulo, inexistente ou anulável, o que cria um clima de incerteza e de desconfiança na ordem jurídica.

Nesta medida, o legislador nacional, preocupado com as demais dificuldades práticas com que os intérpretes se deparavam e com a incerteza que tais situações originavam para os particulares⁵⁵, optou por eliminar a denominada cláusula geral de nulidade, o que é de louvar.

Defende-se que a melhor solução para resolver o dogma quanto à tomada daquilo que deverá ser considerado como nulo, passaria por efetivamente suprimir aquela cláusula ambígua e estabelecer um regime rigoroso no que diz respeito aos casos de nulidade do ato administrativo.

⁵⁵ Veja-se nesse sentido o referido no prefácio do Decreto-Lei n.º 472015 de 7 de Janeiro, mais concretamente no seu ponto 17: “(...) por razões de certeza e segurança, determina-se que a nulidade pressupõe a respetiva cominação legal expressa, eliminando-se a categoria das «nulidades por natureza», definidas através de conceitos indeterminados, que suscitarão dúvidas de interpretação (...)”

Até porque se impõe, em prol do princípio da confiança e da certeza jurídica, que decorre, ainda que indiretamente, do princípio basilar do Estado de Direito Democrático, que seja garantido um mínimo de certeza, de segurança e de estabilidade no que tange à definição das regras normativas que disciplinam as demais atuações jurídico-públicas, em relação ao particular.

Na realidade, uma das funções do Estado de Direito Democrático consiste na “(...) proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado) (...)”.⁵⁶

Nesta perspetiva, ao cidadão terá que ser concedida uma estabilidade tal que lhe permita prever com rigor os possíveis efeitos jurídicos que se podem repercutir na sua esfera, decorrentes de uma determinada prática administrativa. Caso contrário, o particular não passará mais do que um mero objeto do acontecer estatal, que se vê à mercê da interpretação feita perante o caso concreto.⁵⁷

Nas palavras de Gomes Canotilho, “(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida”.⁵⁸

Para além disso, a inovação introduzida traduz uma “maior praticabilidade” no que ao aparelho jurisdicional diz respeito.

A sociedade atual tem vindo a exigir uma justiça mais célere e mais prática e, nesta senda, é inquestionável que a solução adotada se revela de grande utilidade, visto que desta forma, o julgador não terá que averiguar ambigualmente e “arbitrariamente”, as demais circunstâncias que se encontram subjacentes àquele comportamento e, decidir, com recurso a preenchimento de um conceito impreciso, se estaremos perante um caso de nulidade.

Autores como Mário Aroso de Almeida e Vera Eiró, consideram a supressão desta cláusula como vantajosa para o ordenamento jurídico nacional, posição que sofragamos incondicionalmente. No entanto, esta solução tem gerado grande contestação no seio doutrinal.

⁵⁶ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 3ª Edição revista, 1993, pág. 63.

⁵⁷ Em sentido que nos parece próximo veja-se os doutos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 11/83, 10/84, 17/84, 89/84, 303/90 e 237/98, todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/

⁵⁸ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *in* *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina – Coimbra, 7.ª edição, 2000, pág. 257.

Na realidade autores como André Salgado de Matos e Bernardo Azevedo defendem que se deveria manter o regime *tal qual* ele se encontrava, visto que um regime flexível como o que tínhamos até então, permitiria acompanhar devidamente a evolução da sociedade e que, com o atual código, será necessário proceder a diversas alterações de forma a atualizá-lo à medida que nos fomos deparando com eventuais situações de nulidade que não foram previstas pelo legislador.

Veja-se a título meramente exemplificativo o pugnado por Salgado de Matos, ao considerar que “(...) a sua supressão elimina, portanto, um importante vetor de evolução do sistema de invalidade do ato administrativo (...)”, considerando que esta “(...) rigidez genética (...)” é “(...) suscetível de conduzir a soluções axiologicamente inadequadas (...)”, sufragando que o debate em torno do sentido a atribuir aos “elementos essenciais” contidos no anterior Código deveria prosseguir na jurisprudência e na doutrina.⁵⁹

No que concerne aos argumentos anteriormente esgrimidos, avançar-se-á desde logo que o atual Código de Procedimento Administrativo foi elaborado, em parte, e mais concretamente quanto a esta temática, tendo por base o processo evolutivo da nossa comunidade, repercutindo de forma geral as necessidades que se vieram a impor nesta matéria.

De facto, conforme oportunamente se explicará, o atual “catálogo” das nulidades abarca “quase todos” os casos de nulidade que poderão estar subjacentes a qualquer prática administrativa e, mesmo que não contenha um ou outro caso flagrante de invalidade, o que se admite por mera hipótese académica, sempre se poderá rever o código, como sucede noutras áreas “também sensíveis” do direito (veja-se o código penal que já vai na sua 39ª alteração ou o código de trabalho que já conta com 11 alterações), sem pôr em causa a estabilidade pretendida.

Por outro lado, torna-se insustentável impor ao particular que aguarde a construção do sentido a atribuir a essa expressão, e, enquanto isso, fique na expectativa de que o seu ato não venha a ser considerado como nulo.

Também Vieira de Andrade afirma que a eliminação de um instituto como o que aqui se discute não constitui a opção mais correta a adotar.

Defende este autor que num estado social como o nosso, em que conflituam muitas das vezes diversos valores vitais da comunidade e de extrema relevância jurídica,

⁵⁹ Cfr. André Salgado de Matos, “A invalidade do ato administrativo” ..., artigo citado, pág. 48.

aplicar um regime taxativo e como tal “automático” da nulidade acarretaria soluções axiologicamente inadequadas e porventura injustas em determinados casos.

Ficamos com a ideia que este autor sufraga um regime “moderado” em que se incumba a jurisprudência de fazer uma análise específica da qualidade da violação da lei e, tendo em conta os demais valores e interesses em jogo naquela situação concreta, averiguar se efetivamente aquela má formação justificará a aplicação de um regime drástico de invalidade.⁶⁰

Do alargamento do “catálogo” dos casos de nulidade

Com a entrada em vigor do novo Código de Procedimento Administrativo, os casos de nulidade são aqueles que se encontram expressamente previstos na lei, ou seja, apenas nos deparamos com nulidades por determinação legal.

À semelhança do que sucedia com o Código do Procedimento Administrativo de 1991, o atual Código contém diversas disposições a que atribui a nulidade do ato (veja-se a título exemplificativo a norma do artigo 36º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo), para além de elencar um “*numerus clausus*” de situações que deverão comportar a nulidade do ato administrativo.

Não obstante, para além daquelas nulidades previstas nesse diploma, existem ainda outras presentes em leis especiais.

Veja-se a título exemplificativo a nulidade prevista no artigo 68º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (Decreto-Lei n.º 555/99 de 16 de Dezembro) que estabelece que são nulas as licenças, as autorizações e as decisões relativas a pedidos de informação prévia que violem planos municipais ou intermunicipais de ordenamento do território, planos especiais de ordenamento de território, medidas preventivas ou licenças ou comunicações prévias de loteamento em vigor, que não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis ou que sejam desconformes com estes e ainda a nulidades prevista no artigo 103º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (Decreto-Lei n.º 80/2015 de 14 de Maio).

⁶⁰ Nesse sentido *vide* José Carlos Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa, essa desconhecida”, em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Edições Almedina S.A., 2010, págs. 777 e 791.

Retomando agora a temática do elenco dos casos de nulidade patente no Código de Procedimento Administrativo, verifica-se que o legislador, ao suprimir a cláusula geral de nulidade, preocupou-se em prever taxativamente as situações que anteriormente recaíam ao abrigo daquela figura.

Procedeu-se a um alargamento do catálogo dos casos de nulidade do ato, o que, no nosso entender, engloba a maioria das nulidades que poderão estar presentes no ordenamento jurídico nacional.

Em nossa opinião, se já o “*numerus clausus*” previsto no artigo 133º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo de 1991 abarcava a maioria das situações de nulidade (note-se que os tribunais administrativos apenas consideraram abrangidas pela predita cláusula “aberta” de nulidade raríssimas situações) então será mais do que lógico afirmarmos que o legislador nacional, ao elaborar e redigir o conteúdo do elenco constante do atual Código de Procedimento Administrativo tentou insofismavelmente tipificar qualquer situação de nulidade com a qual o intérprete e o aplicador da lei atualmente se poderá deparar.

Posto isto, hoje em dia, são considerados atos administrativos nulos, para além dos previstos em legislação avulsa e noutras disposições do Código de Procedimento Administrativo:

- os atos viciados de usurpação de poder;
- os atos estranhos às atribuições dos ministérios, ou das pessoas coletivas referidas no artigo 2º do Código de Procedimento Administrativo, em que o seu autor se integre;
- os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime;
- os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental;
- os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado;
- os atos praticados sob coação física ou sob coação moral;
- os atos que careçam em absoluto de forma legal;
- as deliberações de órgãos colegiais tomadas tumultuosamente ou com inobservância do quórum ou da maioria legalmente exigidos;

- os atos que ofendam os casos julgados;
- os atos certificativos de factos inverídicos ou inexistentes;
- os atos que criem obrigações pecuniárias não previstas na lei;

e,

- os atos praticados, salvo em estado de necessidade, com preterição total do procedimento legalmente exigido.
- cfr. artigo 161º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo.

Aqui chegados, e comparativamente ao estatuído no artigo 133º, n.º 2 do “antigo” Código de Procedimento Administrativo, constata-se que o legislador introduziu neste catálogo quatro novas situações de nulidade, fruto das demais construções dogmáticas que foram sendo elaboradas, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, em torno de determinadas situações que seriam subsumíveis à clausula geral de nulidade anteriormente vigente.

Uma das inovações introduzidas quanto a esta matéria diz respeito à consagração da nulidade para os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado – cfr. artigo 161º, n.º 2, alínea e) do Código de Procedimento Administrativo.

Esta formulação cinge-se a situações em que determinado órgão público pratica um determinado ato administrativo tendo em vista a prossecução de interesses privados e, nesta ótica, será inequívoco afirmarmos que estamos perante uma invalidade relativa ao fim do ato administrativo.

Como já se disse, aquando dos requisitos de validade relativos ao “fim” do ato administrativo, a prática de qualquer ato desta natureza terá sempre subjacente a satisfação de determinadas necessidades públicas, seja a edificação de uma escola, a reconstrução de determinado arruamento, a realização de determinado evento turístico, entre outros.

Nesta esteira, se determinada conduta foi adotada com o intuito de “defender” determinados interesses privados (como por exemplo a concessão de uma autorização de edificação de um imóvel a troco de determinada quantia pecuniária) sejam eles de que natureza forem, então faltar-lhe-á esse fim público, ou seja, a realização de determinada finalidade que, em prol de exigências públicas, leva a administração pública a agir.

A consagração destas situações como nulas já vinha há muito sendo alvo de debate doutrinal, defendendo, por exemplo, Vieira de Andrade e Freitas do Amaral que deveria

efetivamente ser aplicado um regime de invalidade “mais severo” ⁶¹ a estas situações.

É inequívoco que a consagração deste tipo de situações como nulas é louvável. Por um lado, devido à ofensa grave que estas constituem face à moralidade administrativa e, por outro lado, porque constitui uma forte arma no combate a práticas de corrupção.

Nesta senda veja-se o advogado por Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández que consideram o desvio de poder para fim privado “(...) uma verdadeira apropriação da organização e dos seus instrumentos pelo agente em seu exclusivo benefício individual, uma usurpação de poderes administrativos indigna de qualquer proteção e cuja depuração não pode depender do arbítrio do particular concretamente afetado pelo ato produzido (...)”.⁶²

Porventura, a crítica que se poderá tecer sobre a construção do conteúdo desta alínea prende-se com o facto de esta se aplicar única e exclusivamente aos atos praticados “para fins de interesse privado”.

É referido por diversos doutrinadores que o desvio de poder poderá comportar duas modalidades, designadamente o desvio de poder para fins de interesses privados e o desvio de poder para fins de interesses “ainda” públicos.⁶³

No que diz respeito à primeira modalidade como já referirmos, esta prende-se com a satisfação de interesses privados, sejam estes meramente pessoais ou de terceiro.

No segundo caso o que estará em causa é que o titular do órgão administrativo responsável pela emissão de vontade agiu de determinada forma tendo em vista a prossecução de um fim que, ainda que possa ser qualificável como sendo de natureza pública, é diverso daquele fim imposto por lei.

Uma situação aqui enquadrável, no nosso entendimento, será o caso em que determinado agente de autoridade exerce os seus poderes de polícia tendo em vista obter determinadas quantias pecuniárias para o “tesouro público”.

Nesta situação, o fim que se visa atingir (obter receitas para o aparelho estadual) possui um carácter público. Porém, o fim público que se visa atingir com a criação de

⁶¹ Nesse sentido veja-se José Carlos Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa” ..., obra citada, pág. 773 e ainda Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 421.

⁶² Cfr. García de Enterría / Tomás-Ramón Fernández *in* Curso de Derecho Administrativo, I, 4.ª Edição, 1983, pág 580 *adpud* José Carlos Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa” ..., obra citada, pág 771.

⁶³ Nessa esteira *vide*, entre outros, Sérvulo Correia, obra citada, pág. 354 e ss e pág. 448; Diogo Freitas do Amaral, obra citada, pág. 395 e ainda Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado de Matos, *in* “Direito Administrativo Geral, Tomo III...”, obra citada, págs. 156 e 157.

forças públicas de segurança é, essencialmente, manter a ordem pública, pelo que, nestes casos, constata-se estarmos perante um desvio de poder para fins de interesses públicos.

Esta modalidade de desvio de poder, considerando que atualmente na ordem jurídica portuguesa apenas nos deparamos com a nulidade do ato administrativo quando tal sanção esteja expressamente prevista na lei, acarretará apenas a anulabilidade do ato administrativo.

No entanto, quiçá, a consagração da sanção de nulidade também para estas situações de desvio de poder seria de ter sido ponderada pelo legislador nacional nas alterações agora introduzidas, não obstante se reconhecer que imperioso seria a consagração de uma causa explícita de nulidade para os atos praticados com desvio de poder para fins de interesse privado.

Outra das inovações implementadas, quanto a este âmbito, reporta-se à previsão da nulidade relativamente aos atos certificativos de factos inverídicos ou inexistentes - cfr. artigo 161º, n.º 2, alínea j) do Código de Procedimento Administrativo.

Serão aqui enquadráveis as situações em que a administração pública, baseando-se numa premissa falaciosa (factos inverídicos ou inexistentes), declara que se encontram reunidas determinadas circunstâncias ou condições (existência daquela incapacidade ou daquelas habilitações).

Um ato certificativo⁶⁴, como a sua própria designação indica, corresponde a uma declaração que atesta ou comprova (certifica) a existência de determinada situação de facto, de uma qualidade ou de um direito de determinado indivíduo, originando, devido às suas características ínsitas (de “*ius imperium*”), regra geral, um “(...) efeito de certeza legal, fé pública ou força probatória (...)”⁶⁵, despoletando determinados efeitos na esfera jurídica do seu destinatário, os quais, em determinados casos, poderão ser oponíveis a terceiros.⁶⁶

Aliando o anteriormente referido ao facto de se ter atribuído competência certificativa a determinados profissionais, para além dos notários (*vide* o caso dos advogados, solicitadores e outros) revela-se de extrema importância a consagração de uma causa de nulidade deste tipo.

⁶⁴ Sobre este tema veja-se Freitas do Amaral, obra citada, pág. 270.

⁶⁵ Cfr. Licínio Lopes Martins, “a invalidade do ato administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes” in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, com a coordenação de Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2ª Reimpressão, 2015, pág. 563.

⁶⁶ Sobre esta temática veja-se Sérvulo Correia, obra citada, pág. 457.

A atribuição da sanção de nulidade a estas situações já era defendida quer por parte da doutrina⁶⁷ quer pela jurisprudência administrativista⁶⁸.

De facto, Vieira de Andrade vinha há muito advogando, no que aos casos que seriam subsumíveis à predita cláusula geral diz respeito, que seria de considerar como elemento essencial, numa verificação constitutiva, enquanto ato certificativo, a veracidade dos factos certificados, referindo que a falsidade deverá ser equiparada “(...) à carência de objeto ou de conteúdo (...)”.

Assim, crê-se que a incorporação desta causa de nulidade se revela de extrema importância, porquanto, se a administração pública atua ou emite determinada declaração de vontade unicamente porque crê que se verifica aquele circunstancialismo, então, se o mesmo é inverídico ou inexistente, é incontestável que o ato não deverá produzir os seus efeitos jurídicos.

Outros dos casos de nulidade agora tipificados diz respeito àqueles atos que criem obrigações pecuniárias sem base legal – cfr. artigo 161º, n.º 2, alínea k) do Código de Procedimento Administrativo.

É compreensível a opção do legislador quanto a esta consagração, na medida em que será indefensável e inaceitável a criação e imposição de uma determinada obrigação pecuniária por parte de um órgão administrativo, sem que este se encontre legalmente habilitado para tal.

Como afirma Vieira de Andrade, “(...) um ato administrativo que vise impor uma obrigação pecuniária aos particulares, *máxime* a liquidação de um imposto, tem como elemento essencial do tipo a respetiva base legal impositiva, cuja falta deve implicar a nulidade (...)”.⁶⁹

Conforme já se mencionou, a administração pública irá atuar tendo por base determinada previsão legal e, se fosse admissível a prática de atos administrativos sem base legal, não faria sentido referirmo-nos ao princípio da legalidade.

Será racional e perfeitamente dedutível que se afirme que esta inovação agora introduzida espelha a previsão de nulidade constante do artigo 59º, n.º 2, alínea b) da Lei n.º 75/2013 de 12 de Setembro.

⁶⁷ Veja-se nesse sentido, entre outros, José Carlos Vieira de Andrade, *in* “A nulidade administrativa” ..., obra citada, pág. 774 e em “A Validade (do ato administrativo)” ..., obra citada, pág. 587;

⁶⁸ *Vide* a título exemplificativo o defendido no douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/10/2007 *in* www.dgsi.pt

⁶⁹ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, “A nulidade administrativa” ..., obra citada, pág. 774.

Com efeito, estabelece o predito preceito normativo que serão consideradas nulas “as deliberações de qualquer órgão das autarquias locais que envolvam o exercício de poderes tributários ou determinem o lançamento de taxas ou mais-valias não previstas na lei”.

Comparando o teor do artigo 161º, n.º 2, alínea k) do atual Código de Procedimento Administrativo com a disposição normativa anteriormente citada, constata-se que a atual previsão destes casos flagrantes de invalidade é mais restritiva por um lado, e mais ampla por outro lado.

Mais restritiva porque hoje em dia constata-se que esta nulidade será apenas invocável no que diz respeito a atos que criem efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, ou seja, a atos administrativos, parecendo ser de afastar a sua aplicação às deliberações de carácter genérico e abstrato (como por exemplo, regulamentos).⁷⁰

Por outro lado, será correto afirmar que de facto a redação do atual preceito é mais abrangente do que o disposto naquele diploma, porquanto, não se aplica unicamente ao “exercício de poderes tributários” mas a qualquer obrigação pecuniária (como por exemplo coimas que, como é do conhecimento geral, consiste apenas numa sanção económica).

Para além das situações supra referidas o legislador estabeleceu ainda a cominação da nulidade para os atos praticados, salvo em estado de necessidade, com preterição total do procedimento legalmente exigido – cfr. artigo 161º, n.º 2, alínea l) do Código de Procedimento Administrativo.

Serão abarcadas pelo disposto neste preceito normativo as situações em que não foi cumprida determinada formalidade que, como anteriormente se mencionou, será reputada de essencial, pelo que se falará neste âmbito, de um vício quanto às formalidades do ato administrativo.

A exigência de um procedimento, no âmbito de relações jurídico-públicas, constitui um importante meio de garantia para o particular, contribuindo em larga medida para uma maior transparência e uma maior imparcialidade no que diz respeito às atuações administrativas e estes argumentos por si só serão mais do que necessários para compreendermos a inclusão destes casos de nulidade no catálogo patente no artigo 162º, n.º 2 do atual Código de Procedimento Administrativo.⁷¹

⁷⁰ Nesse desiderato veja-se André Salgado de Matos, “A invalidade do ato administrativo”..., artigocitado, págs. 53 e 54.

⁷¹ Nesse sentido veja-se Carlos José Batalhão, obra citada, pág. 47.

De facto, ao ser exigível ao ato de adjudicação de determinada empreitada de obras públicas a precedência de determinado procedimento pré-contratual (ato preparatório), os demais concorrentes/candidatos poderão tomar conhecimento sobre quais os motivos que levaram a administração pública a atribuir-lhes aquela “colocação” e quais as razões subjacentes à escolha daquele co-contratante.

Para além disso, o legislador ao impor a observância destes formalismos, afasta a possibilidade de determinado titular de órgão público, favorecer, por razões pessoais, determinado indivíduo, o que será útil no combate à corrupção.

Nesta esteira, compreende-se inequivocamente que a omissão de determinado procedimento de formação e de manifestação da vontade jurídico-pública seja cominada com o regime mais grave de invalidade, até porque tal consagração vem, em princípio, afastar a “errónea aplicação” que vinha sendo feita por parte da corrente jurisprudencial administrativista.

Em determinadas situações, constatava-se que os tribunais administrativos vinham a decidir que a “preterição total de procedimento”, quando exigível, importaria a nulidade do ato, enquadrando tais casos nas situações de carência absoluta de forma, o que, porventura no que diz respeito aos atos de nomeação terá algum cabimento.⁷²

No entanto, noutros casos “similares”, como por exemplo, nas situações em que é adotado determinado procedimento pré-contratual distinto daquele que seria o exigível por lei, a aplicação da “teoria da carência absoluta de forma”, nos moldes em que os tribunais administrativos o faziam, encontrar-se-á desfasada da realidade.

De facto, nas situações acima mencionadas os tribunais administrativos sustentavam que a adoção de um procedimento pré-contratual diferente daquele que a lei exigia, originaria apenas a mera anulabilidade do ato, pois advogavam que nesses casos não estaríamos perante uma ausência “total” de forma - *vide* a título exemplificativo o pugnado no Douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 03/03/2004 *in* www.dgsi.pt: “(...) ainda que se admitisse que (...) estava dependente da abertura de concurso público

⁷² *Vide* nesse sentido o Douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 11/05/2006, em que se advogou que: “(...) mesmo não havendo norma a cominar expressamente a nulidade, o ato de nomeação para lugar de acesso com preterição do procedimento de concurso legalmente exigido, é nulo por falta de procedimento, quer se entenda que consubstancia uma falta absoluta de forma (...)”. Em sentido próximo veja-se o Douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 09/01/2003, o douto Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 08/10/2010 e ainda o douto Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 07/05/1992, todos disponíveis em www.dgsi.pt

(...) a preterição da formalidade aqui em causa nem sequer se traduziu numa falta absoluta de forma legal ao nível desse procedimento, pois que de todo o modo sempre houve um procedimento concursal, se bem que não o porventura legalmente exigido (...).”

No entanto, se de facto o legislador estipulou que para determinadas situações é obrigatória a observância do procedimento pré-contratual de concurso público, então, caso seja adotado outro procedimento que não aquele, na minha opinião, tal situação, ao abrigo do “anterior” Código do Procedimento Administrativo deveria recair no conceito de “elementos essenciais”, porquanto a preterição do procedimento exigido constitui um formalismo essencial daquele ato (de adjudicação). Ou, na pior das hipóteses e, recorrendo ao exercício mental realizado pelos nossos tribunais administrativos, sempre se diria que o facto de se ter optado pela escolha de um procedimento que não o exigido por lei, consubstanciaria uma efetiva “carência total de forma legal”, porquanto, aquela forma era a exigida.

Neste sentido veja-se o defendido pela vasta jurisprudência do Tribunal de Contas, considerando que tais situações despoletariam insofismavelmente a nulidade do ato administrativo por falta de um elemento essencial.

“(...) o contrato *sub judice* foi celebrado na sequência de um ajuste direto e não na sequência de um concurso público (...) a ausência de concurso, obrigatório no caso, implica a falta de um elemento essencial da adjudicação, o que determina a respetiva nulidade, nos termos do art.º 133.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo (...)”.⁷³

Posto isto, é inequívoco que o alargamento do catálogo a estes casos de nulidade é deveras compreensível e louvável, porquanto, se crê que “dará um novo rumo” ao sentido a atribuir, por parte da nossa jurisprudência administrativista, àqueles casos de flagrantes invalidade.

Aqui chegados, constata-se efetivamente que o “*numerus clausus*” agora previsto no artigo 161º, n.º 2 do “atual” Código do Procedimento Administrativo abarca a maioria (senão todos) dos casos de nulidade que anteriormente vinham sendo subsumíveis às preditas nulidades por natureza.

⁷³ Cfr. Doute Acórdão do Tribunal de Contas n.º 14/2010 de 13 de Abril de 2010, disponível em www.dgsi.pt. Veja-se também neste sentido, e entre outros, o Doute Acórdão n.º 27/2010, de 13 de Julho de 2010, o Doute Acórdão n.º 22/2007, de 27 de Novembro de 2007, e o Doute Acórdão n.º 24/2010 de 14 de Setembro, todos do Tribunal de Contas e disponíveis em www.dgsi.pt

Não obstante, parte da doutrina⁷⁴ vem a reclamar a inclusão de um outro caso de nulidade nesse catálogo, designadamente, a consagração da nulidade do ato “ quando o respetivo beneficiário tenha utilizado artifício fraudulento com vista à obtenção da sua prática.”

Numa primeira impressão poder-se-ia afirmar que o sufragado por aqueles autores seria descabido, porquanto tais casos corresponderiam a atos em que o seu conteúdo ou o seu objeto constituiria ou seria determinado pela prática de um crime.

No entanto, nem todas as situações que envolvam a utilização de um artifício fraudulento serão subsumíveis àqueles casos.

Com efeito, pense-se no exemplo “hipotético-irrealista” em que determinada sociedade (A), que já atingiu o limiar dos subsídios a que se poderia candidatar, utiliza uma outra sociedade (B), que se encontra devidamente constituída e que prossegue legitimamente a sua atividade, não se encontrando em qualquer relação de domínio ou de grupo com aquela (A), para se candidatar a um subsidio daquele género, mas com o único objetivo de “transferir” as quantias a auferir para aquela outra empresa (A).

Neste caso efetivamente a sociedade A utilizou um artifício fraudulento tendo em vista a prática de determinado ato, ou seja, criou um mecanismo ou um engenho ludibrioso para que obtivesse da Administração Pública determinada declaração de vontade.

Numa primeira impressão poderíamos considerar que a conduta que se acaba de referir constituiria a prática do ilícito criminal previsto no artigo 36º do Decreto-lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro.

Não obstante, atendendo ao teor daquele preceito normativo, constata-se que apenas incorrerá na prática deste tipo de crime quem obtiver subsídio ou subvenção mediante o fornecimento às autoridades ou entidades competentes informações inexatas ou incompletas sobre si ou terceiros e relativas a factos importantes para a concessão do subsidio ou subvenção, ou omitindo, contra o disposto no regime legal da subvenção ou do subsidio, informações sobre factos importantes para a sua concessão ou ainda quem tiver utilizado documento justificativo do direito à subvenção ou subsidio ou de factos importantes para a sua concessão, obtido através de informações inexatas ou incompletas – cfr. alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 36º do supra citado diploma legal.

⁷⁴ Nesse sentido veja-se Licínio Lopes Martins, obra citada, pág. 556 e ainda Bernardo Azevedo e Pedro Costa Gonçalves *in* Curso intensivo sobre o novo Código de Procedimento Administrativo, organizado pela CEJUR e que decorreu na Universidade do Minho nos dias 23, 24 e 25 de Março de 2015.

Atendendo ao anteriormente mencionado, o exemplo prático supra referido não será enquadrável (ou sendo, levantará a *dúvida* sobre o preenchimento do elemento objetivo deste tipo de crime) na previsão do artigo 36º do Decreto-Lei n.º 28/84, apesar de constituir uma prática dolosa e altamente censurável.

Assim, verifica-se que o ato administrativo emitido nestas circunstâncias será inválido e, atendendo ao “caráter excecional” da nulidade, será abarcado pelo fenómeno da anulabilidade, o que, desde já se condena.

De facto, permitir que estes casos sejam reconduzíveis à anulabilidade do ato e, como tal, que estejam dependentes de um prazo para a sua arguição, será absolutamente censurável, porquanto, estas situações traduzem, na maioria das vezes, uma violação tao grave dos demais princípios e valores do Direito Administrativo e do Estado de Direito Democrático, podendo ser equiparáveis às situações em que o ato administrativo constitui um crime ou é determinado pela prática de um crime.

Isto posto, em nossa opinião, o legislador nacional, visto que considerou a existência de casos desta génese (artigo 168º, n.º 4, alínea a) do Código de Procedimento Administrativo) aquando da redação do atual Código, deveria desde logo ter integrado no catálogo dos casos considerados como nulos, estas situações.

Em suma, no nosso entendimento, o “*numerus clausus*” das causas de nulidade constante do artigo 161º, n.º 2 do “atual” Código do Procedimento Administrativo parece abarcar as demais situações de invalidade do ato em que insofismavelmente se torna necessária a aplicação do regime mais grave de invalidade, sem prejuízo da ressalva quanto à “utilização de artifício fraudulento”.

CONCLUSÃO

As demais inovações introduzidas no que aos casos de nulidade diz respeito, traduzem imensos benefícios para a ordem normativa nacional, justificando-se, por isso mesmo, a adoção e implementação das mesmas.

A supressão de uma cláusula geral como a que tínhamos na vigência do Código de Procedimento Administrativo traduz indubitavelmente uma maior segurança e certeza para os demais interveniente nas relações jurídico-públicas.

De facto, como se pôde constatar anteriormente, a interpretação sobre o sentido e o alcance a dar ao preenchimento daquele conceito abstrato de nulidade gerou, quer na doutrina quer na jurisprudência, diversas construções etimológicas, distintas entre si, não se tendo chegado a um consenso, pelo menos à data da entrada em vigor do atual código, sobre qual o sentido preciso e exato a atribuir aos preditos “elementos essenciais”.

Nesta senda, a solução adotada pelo legislador, ao abandonar aquela cláusula imprecisa (que em bom rigor, com o alargamento do catálogo dos casos de nulidade se torna “supérflua”), e ao tipificar de forma objetiva quais as situações que devem ser cominadas com a sanção de nulidade, permite ao particular tomar conhecimento, de antemão, sobre se o ato de que foi alvo estará inquinado de um vício que origine a nulidade do mesmo.

Verifica-se então, que o legislador, quiçá, devido às posições menos favorecidas em que os particulares intervêm neste tipo de relações jurídicas, optou por dar prevalência ao princípio da segurança e da certeza jurídica sobre o princípio da legalidade, o que bem se compreende num Estado de Direito Democrático como o nosso.

BIBLIOGRAFIA

Amaral, Diogo Freitas Do, com a colaboração de **Lino Torgal**

- Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Livraria Almedina – Coimbra, 2001.

Almeida, Mário Aroso de

- Teoria Geral do Direito Administrativo, o Novo Regime do Código de Procedimento Administrativo, Edições Almedina S.A., 2ª Edição, 2015.

- Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares, Edições Almedina S.A., 2012.

Correia, Sérvulo

- Noções de Direito Administrativo, Vol. I, Edições Danubio, Lda., Lisboa, 1982.

Andrade, José carlos Vieira de

- A nulidade administrativa, essa desconhecida, em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Edições Almedina S.A., 2010;

- A Validade (do ato administrativo), em Dicionário Jurídico da Administração Pública (DJAP), Vol. II.

Batalhão, Carlos José

- Novo Código de Procedimento Administrativo, Notas Práticas e Jurisprudência, Porto Editora, 2015.

Matos, André Salgado de

- A invalidade do ato administrativo no projeto de revisão do Código do Procedimento Administrativo *in* Cadernos de Justiça Administrativa n.º 100, Julho/Agosto 2013.

- Algumas observações críticas acerca dos atuais quadros legais e doutrinários da invalidade do ato administrativo” *in* Cadernos de Justiça Administrativa n.º 82, Julho/Agosto 2010.

Sousa, Marcelo Rebelo de

-Inexistência jurídica *in* Dicionário Jurídico da Administração Pública (DJAP), Vol. V.

Sousa, Marcelo Rebelo de e Matos, André Salgado

- Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2ª Edição, 2009.

Gonçalves, Fernando / Alves, Manuel João/ Vieira, Vitor Manuel Freitas / Gonçalves, Rui Miguel/ Correia, Bruno / Gonçalves, Mariana Violante

- Novo Código do Procedimento Administrativo, Anotado e Comentado, Edições Almedina, S.A., 2015.

Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital

- Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra Editora, 1993.

Canotilho, José Joaquim Gomes

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina – Coimbra, 7.ª edição, 2000.

Machete, Rui

- O Processo Administrativo Gracioso Perante a Constituição Portuguesa de 1976, *in* Estudos de Direito Público e Ciência Política, Lisboa, 1991.

Botelho, José Manuel Santos/ Esteves, Américo Pires/ Pinho, José Cândido de

- Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado, Livraria Almedina – Coimbra, 2000.

Oliveira, Fernanda Paula de e Dias, Eduardo Figueiredo

- Noções Fundamentais de Direito Administrativo, Edições Almedina S.A., 4ª Edição, 2015.

caetano, marcello

- Manual De Direito Administrativo, Vol. I, Livraria Almedina - Coimbra, 10ª Edição (2ª Reimpressão), 1982.

Oliveira, Mário Esteves /Gonçalves, Pedro Costa/ Amorim, João Pacheco de

- Código do Procedimento Administrativo Comentado, Coimbra Editora, 2ª edição, 1998.

Gomes, Carla Amado/ Neves, Ana Fernanda / Serrão, Tiago (Coord.)

- Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 2ª Reimpressão, 2015.

